

Les Cahiers de droit



Les droits originellement africains dans les récents mouvements de codification : le cas des pays d'Afrique francophone subsaharienne

Vincent Kangulumba Mbambi

Volume 46, numéro 1-2, 2005

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/043841ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/043841ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Mbambi, V. K. (2005). Les droits originellement africains dans les récents mouvements de codification : le cas des pays d'Afrique francophone subsaharienne. *Les Cahiers de droit*, 46(1-2), 315–338.
<https://doi.org/10.7202/043841ar>

Résumé de l'article

L'histoire de la codification en Afrique est indissociable de celle de la colonisation. Celle-ci — du moins politique — a pris fin, il y a une quarantaine d'années, le temps pour les États africains d'adopter leurs propres lois adaptées à leur situation. Sans conteste, le Code civil des Français a influencé et influence encore les droits africains. Devant le dualisme juridique produit par l'importation de ce code, se pose néanmoins la question du choix à opérer soit pour la connaissance effective, l'acceptation et le respect des droits africains, soit pour l'écart criant entre la loi et les pratiques sociales. L'auteur a choisi de scruter la part des droits originellement africains dans les récentes réformes et de vérifier si les Africains y lisent effectivement l'état de leur droit et l'âme de leur société. Sinon, pourquoi et comment y pourvoir ?

Les droits originellement africains dans les récents mouvements de codification : le cas des pays d'Afrique francophone subsaharienne

Vincent KANGULUMBA MBAMBI*

« Quand la matière n'est pas prévue par un décret, un arrêté ou une ordonnance déjà promulgués, les contestations qui sont de la compétence des tribunaux [de droit écrit] du Congo seront jugées d'après les coutumes locales, les principes généraux du droit et l'équité. »

Article premier, Ordonnance législative de l'Administrateur du Congo belge du 14 mai 1886, Bull. Off. de l'E.I.C., 1886.

« L'idée que l'œuvre de codification doit être réalisée en faisant évoluer les coutumes n'a de valeur que dans certaines circonstances. Dans d'autres circonstances, il faut résolument combattre le droit coutumier et le faire disparaître car il fait obstacle à une transformation nécessaire de la société. »

[Extrait du Rapport de présentation du Code de la famille au Togo]

« Nihil innovetur nisi quod traditum est. »

L'histoire de la codification en Afrique est indissociable de celle de la colonisation. Celle-ci — du moins politique — a pris fin, il y a une quarantaine d'années, le temps pour les États africains d'adopter leurs propres lois adaptées à leur situation. Sans conteste, le Code civil des Français a influencé et influence encore les droits africains. Devant le dualisme juridique produit par l'importation de ce code, se pose néanmoins la question du choix à opérer soit pour la connaissance effective, l'acceptation et le respect des droits africains, soit pour l'écart criant entre la loi et les pratiques sociales. L'auteur a choisi de scruter la part des droits originellement africains dans les récentes réformes et de vérifier si les Africains y lisent effectivement l'état de leur droit et l'âme de leur société. Sinon, pourquoi et comment y pourvoir ?

* Professeur, Université de Kinshasa (République démocratique du Congo); avocat, barreaux de Kinshasa/Gombe et de Bruxelles.

The history of codification in Africa is inseparable from the colonization period. Colonization per se, at least its political facet, came to an end forty years ago, during which the African States then adopted their own laws adapted to their specific situations. Unquestionably, the French Civil Code has left its influence and still influences African laws. Faced with the legal dualism produced by the importing of the French code, the question remains as to the choice that must be made either for the effective recognition, acceptance and respect of and for traditional African law systems, or for an abyss separating the law systems and social mores. The author has chosen to scrutinize that part of the originally African laws in recent reforms and verify if Africans, indeed, effectively read in them the state of their Law and the soul of their society. Otherwise, why and how may one attain such a goal ?

	<i>Pages</i>
1 Un choix cornélien : l'«être» ou le «ne pas être» des droits africains	321
1.1 De l'oralité juridique à la «réception» du Code Napoléon de 1804 dans les droits africains : régulation forcée et acculturation juridique.....	321
1.2 L'accession à l'indépendance des États africains : maintien du droit colonial et mimétisme juridique	325
2 Entre la continuité du mimétisme, l'adaptation et les résistances du droit traditionnel : quelle est la part des droits originellement africains dans les récents mouvements de codification ?	326
2.1 La part des droits originellement africains dans les récents mouvements de codification en Afrique francophone.....	326
2.2 Le droit de la famille.....	327
2.2.1 L'attitude à l'égard des mariages polygamiques.....	327
2.2.2 La célébration des mariages civils par un officier de l'état civil.....	330
2.2.3 L'illégitimité de «l'enfant naturel» consacrée par le Code civil en matière de filiation	332
2.2.4 L'imposition du nom patronymique.....	332
2.3 Le droit des biens	333
2.4 Le droit des obligations et de la responsabilité.....	335
Conclusion	337

Les trois citations en exergue sont significatives de l'état du droit, du contexte et des problèmes que soulève toute œuvre de codification en Afrique : soit le droit traditionnel coutumier est reconnu en tant qu'ordre juridique à part entière ; soit, bien souvent, il ne l'est pas, sinon moyennant quelques aménagements particuliers. Il en sera ainsi lorsque la coutume n'est pas contraire à la loi ou à l'ordre public. Dans cette dernière hypothèse, les deux ordres juridiques sont appelés à coexister mais avec la prééminence du droit écrit.

Le discours sur la codification en Afrique nous paraît indissociable de la (re)lecture de l'histoire politique¹ ou de la colonisation de la plupart des entités politiques précoloniales (anciens empires ou royaumes) devenues, par la suite, des États modernes. De là à postuler en première instance que le Code civil Napoléon a (eu) une influence énorme sur les systèmes juridiques africains, il n'y a pas l'ombre d'un doute.

Toutefois, comme nous le relèverons, il n'est pas totalement acquis que les mouvements de codification coïncident nécessairement avec la colonisation. L'existence du droit et celle du besoin de sa connaissance ou de sa généralisation n'ont jamais été édictées que pour le maintien des avantages de l'aventure coloniale au nom de la « mission civilisatrice ». Par ailleurs, pour exister, le droit ne doit pas forcément être exprimé par écrit. Autrement dit, l'existence d'un droit ne rime pas avec la fixité de la plus grande partie de ses règles ou principes dans un écrit, recueil, stèle ou code. Il n'y a pas de (règles de) droit qu'écrit(es). Il existe bel et bien un droit en dehors du code².

Ce qui paraît moins douteux est le fait pour toute société d'avoir un droit propre — *ubi societas, ibi jus* —, peut-être différent en certains points de celui des autres sociétés, mais c'est bien son droit. La rencontre des cultures juridiques occidentale (étrangère et essentiellement basée sur l'écrit) et africaine (locale, fondamentalement structurée autour de l'oralité) a donné lieu à un système juridique de compromis. Plutôt que de parler de la coexistence des droits, il convient de parler de la subjugation des systèmes

-
1. E. MBOKOLO, « Histoire des droits africains au xx^e siècle », dans C.K. MWISSA (dir.), *Repenser les droits africains pour le xx^e siècle*, Yaoundé, Menaibuc, 2000, p. 65.
 2. Voir : G. CORNU, « Canevas des réflexions introductives. L'accessibilité du langage du droit en théorie et en pratique (Entendre le langage de ce droit que nul n'est censé ignorer) », dans *Le langage du droit : accessible à tous ?*, Actes du Colloque du 27 novembre 1999, Bruxelles, R.D.J.A. Asbl, KU Brussel, 1999, p. 5-15 ; V. KANGULUMBA MBAMBI, « L'écriture de l'oralité : sémiotique et métalangage comme supports expressifs du droit traditionnel africain », dans *Le langage du droit : accessible à tous ?*, op. cit., note 2, p. 69-90 ; J. DU BOIS DE GAUDUSSON et D. DARBON (dir.), *La création du droit en Afrique*, Paris, Karthala, 1997.

juridiques africains par le droit occidental. Il en est résulté ainsi une sorte de « guerre de normes » traduite plutôt par l'euphémisme « dualisme » ou « pluralisme juridique » ou, encore, par le « syncrétisme juridique »³.

Dans son entreprise d'acculturation juridique, le colonisateur ne s'est pas contenté de légiférer sur certaines matières susceptibles d'asseoir son autorité ou sa puissance. Cette entreprise a duré environ un siècle, en d'autres termes, le temps de la colonisation. Avec les mouvements d'émancipation politique, les revendications politiques s'accompagnant souvent de revendications juridiques, il avait paru nécessaire aux Africains de démanteler la philosophie coloniale, y compris son instrument de domination : le droit colonial.

Aux yeux des Africains, le *Code civil des Français* apparaît bel et bien comme un instrument idéologique, au propre comme au figuré. En effet, s'il est admis que la plupart des dispositions du Code Napoléon de 1804, édictées ou adoptées en plein libéralisme philosophique et économique, ont servi à sublimer la société libérale, il est aussi possible de reconnaître qu'il a servi à d'autres fins : domination politique, assimilation, acculturation juridique par l'ignorance ou la méprise de l'altérité...

Cependant, affranchis de la colonisation dès le début des années 60, comment les États africains ont-ils géré l'héritage juridique colonial ? À première vue, il y aurait eu maintien des droits coloniaux pour plusieurs raisons, les unes plus logiques que les autres (priorités politiques et sociales, impréparation, manque de cadres et de moyens), d'autant que l'élite africaine était presque inexistante au moment de l'accession à l'indépendance politique de pays africains⁴.

Il y aura, de toute évidence, maintien de l'ancienne législation à défaut de recopier⁵ — pour parer au plus pressé ? — les textes en vigueur dans les

-
3. Voir par exemple : A. SOW SIDIBE, *Le pluralisme juridique en Afrique. L'exemple du droit successoral sénégalais*, Paris, L.G.D.J., 1991, p. 17, s'agissant du cas du droit malien ; B. DJUIDJE, *Pluralisme législatif camerounais et droit international privé*, Paris, L'Harmattan, 1999. Cet auteur, s'agissant du Cameroun, cite : P. GAILLART, *Le Cameroun*, t. 1, Paris, L'Harmattan, 1989, p. 11, qui y écrit que « le Cameroun est l'unique héritier d'une triple colonisation, source, dira-t-on de richesses culturelles et d'ouverture diplomatique, mais surtout source réelle de problèmes particuliers, notamment juridique ». En fait, le Cameroun a connu la colonisation française, anglaise et allemande.
 4. Au lendemain de l'indépendance, en 1960, il n'existait pas plus de quatre universitaires en République démocratique du Congo : voir : I. NDAYWEL È NZIEM, *Histoire générale du Congo. De l'héritage ancien à la République démocratique*, Bruxelles, Duculot, 1998, p. 508.
 5. D. ABARCHI, « Problématique des réformes législatives en Afrique : le mimétisme juridique comme méthode de construction du droit », (2003), 113 *Penant* 88. Cela traduirait

anciennes puissances colonisatrices (la France et la Belgique notamment)⁶. C'est seulement vers le début des années 70 que bon nombre d'États africains ont commencé le mouvement de remise en question des textes de loi d'inspiration ou d'origine coloniale par des réformes ou des adaptations substantielles de certaines matières à très forte connotation culturelle : le droit des personnes, des biens, des sociétés, des obligations ou le droit pénal.

Il est bon de souligner, et c'est là, à notre sens, le vrai problème, que ces réformes ou l'adaptation de certaines matières au contexte postcolonial ne soulèvent pas que la question de la codification textuelle. Au-delà, il y a celle de la *nécessaire adéquation* entre la norme (règle de droit) et ses destinataires mesurée à l'aune de l'effectivité, de l'efficacité et de la légitimation. C'est la question bien connue du bloc de validité des normes. La codification est, à coup sûr, souvent associée à des projets d'harmonisation des droits, que ce soit dans le contexte d'initiatives officielles émanant d'un État central⁷ ou d'une communauté d'États⁸ ou encore à l'occasion d'initiatives privées dites « codifications privées⁹ ». Toutefois, « compiler », « recueillir » ou « harmoniser » ne signifie pas « codifier ». L'entreprise de codification, à notre avis, est bien plus que cela. Il s'agit d'une œuvre de systématisation, de cohérence, de compatibilité et de complémentarité des normes d'un système donné. Ce qui traduit une certaine unité dans la diversité des règles d'un tel système. Or, tel ne semble pas être le cas dans les récents mouvements de codification en Afrique francophone.

une « substitution de personnes plutôt [qu'une] révolution des institutions », au dire de G.A. KOUASSIGAN, *Quelle est ma loi ? Tradition et modernisme dans le droit privé de la famille en Afrique noire francophone*, Paris, A. Pedone, 1974, p. 22 (dualisme du droit privé et arrière-plan historique) repris par J.G. ZANOUVI « Les systèmes juridiques du Bénin », dans RENCONTRE DE DROIT COMPARÉ DU CICLEF, *Mode de production des droits africains et common law*, Moncton, École de droit, Université de Moncton, 1995, p. 21, à la page 22.

6. G.A. KOUASSIGAN, *op. cit.*, note 5, p. 89, 93-97.

7. Il en est ainsi des nouveaux codes de la famille promulgués au cours des vingt dernières années en Afrique et qui font l'objet de nos analyses.

8. C'est le cas de la codification européenne du droit des contrats ou du *Code des assurances*, de l'Organisation pour l'harmonisation du droit des affaires en Afrique (OHADA). Encore que, pour cette dernière expérience, il ne soit pas possible de parler strictement d'une « codification ». D'ailleurs, les textes eux-mêmes ne sont-ils pas désignés par « actes uniformes » et, n'y est-il pas question d'« harmonisation du droit en Afrique » ? En effet, une œuvre de codification est plus qu'une harmonisation.

9. Tel est le cas des règles et usances uniformes, des principes d'Unidroit ou de l'arbitrage international.

Par ailleurs, la codification renvoie aussi à la question de la légitimité des différents modes de production ou de formulation du droit. L'écrit, la compilation ou le recueil des lois en seraient-ils le seul mode exclusif ? En effet, le droit n'est pas exprimé seulement par l'écrit. Le cas des systèmes juridiques africains ne contredirait pas cette appréhension au regard du pluralisme qui les caractérise¹⁰. Aussi, s'il est des problèmes majeurs qui se posent dans les systèmes juridiques africains, celui de la codification semble en être le plus crucial tant il est vrai qu'il soulève plusieurs questions à la fois : que codifier, comment, à quelle fin, pour quelle société et pourquoi¹¹ ?

De nos jours, le problème de codification apparaît véritablement comme un des grands défis des droits africains dans la mesure où il entraîne soit l'adhésion et la légitimation populaires, soit le rejet de tout ce qui est considéré comme « greffon sur un corps étranger » donnant ainsi naissance à la crise de validité des lois et, par ricochet, à la crise du droit en Afrique. Ce problème, notamment en ce qui concerne le droit privé, se pose avec une égale acuité dans tous les pays d'Afrique et aussi d'Asie qui, après leur accession à l'indépendance, cherchent à se donner des institutions, des structures et des règles adaptées à leur situation nouvelle¹².

Dans cette perspective, comment se dessinent le présent et le futur des codes civils africains ? Que faut-il codifier et comment le faire ? Quelle est la part des droits originellement africains dans les différents mouvements de codification ? Il y a, à bien y regarder, deux situations complexes.

D'abord, il faut résoudre une question de choix : le maintien des lois ou codes importés datant de la colonisation ou la prise en considération des normes et aspirations locales (coutumes), ou les deux à la fois, d'où il résulte apparemment soit du mimétisme, soit de l'émancipation (1). Ensuite vient la question du champ matériel de la codification. Quelle matière

-
10. D. POIRIER et J. VANDERLINDEN, « Regards de deux *common lawyers* sur les systèmes juridiques africains d'expression française », dans RENCONTRE DU DROIT COMPARÉ DU CICLEF, *op. cit.*, note 5, p. 9, à la page 16 (modes de formation et caractères de la coutume) ; M. ALLIOT, « Ce que repenser les droits africains veut dire », dans C.K. MWISSA (dir.), *op. cit.*, note 1, p. 51 ; M. ALLIOT, « Les résistances traditionnelles au droit moderne dans les États d'Afrique francophone et à Madagascar », dans J. POIRIER (dir.), *Études de droit africain et malgache*, Paris, Cujas, 1965, p. 235.
 11. Voir V. KANGULUMBA MBAMBI, « La justice en procès en Afrique ou quelle justice, quel droit et pour quelle société ? », dans *L'état du droit en Afrique à l'orée de l'an 2000. Quelles perspectives*, Actes du Colloque des 25 et 26 septembre 1998, Bruxelles, RDJA Asbl, 1998, p. 92.
 12. X. BLANC-JOUVAN, « Remarques sur la codification du droit privé à Madagascar », (1967) 43 *Revue juridique du Congo* 159.

conviendrait-il de codifier prioritairement ? Le droit public, le droit économique ou le droit privé (droit de la famille ou des personnes) ? L'échec de la codification reviendrait à une sorte de guerre des normes avec, au final, le phénomène d'impuissance ou de l'inefficacité du droit (2).

À l'heure actuelle, ces matières subissent le contrecoup de l'évolution mondiale. Il en est ainsi, par exemple, en matière d'adoption internationale, de l'expropriation avec, à la clé, la protection de la propriété privée, du droit commercial. Quel sera l'avenir de la codification en Afrique dans toutes ces matières ?

L'examen de tous ces aspects nous fera savoir si la codification en Afrique a tenu son pari. Sinon, au départ de l'histoire, du présent et en scrutant l'avenir du droit en Afrique, comment suggérer une nouvelle amorce du processus de la codification ?

1 Un choix cornélien : l'«être» ou le «ne pas être» des droits africains

En principe, choisir implique une certaine liberté, un libre arbitre de la part de celui qui est appelé à choisir. C'est aussi assumer pleinement les conséquences de son choix. Entendu de la sorte, nous ne pouvons pas dire que, à l'avènement du partage de l'Afrique et de la colonisation qui s'ensuivit, les Africains avaient le choix entre, d'une part, leurs coutumes et traditions juridiques et, d'autre part, le droit occidental. Pas plus que les autochtones africains, les puissances coloniales ne se seraient jamais accommodées d'un tel exercice, d'autant qu'elles n'avaient aucune maîtrise des coutumes africaines. Aussi, logiquement, le droit occidental était-il apparu comme le seul pouvant être imposé aux Africains.

1.1 De l'oralité juridique à la «réception» du Code Napoléon de 1804 dans les droits africains : régulation forcée et acculturation juridique

Il est reconnu de nos jours que la codification en sa forme écrite est un héritage de la colonisation. En effet, il ne peut être mis en doute le fait que les sociétés précoloniales africaines ont été dotées d'un droit avant de se voir imposer le Code Napoléon et, avec lui, le droit et la culture occidentaux. De même, il ne serait pas exact de dire que cela a été, pour les droits africains, le premier contact avec les droits étrangers.

En réalité, les droits originellement africains ont subi diverses influences avant la colonisation. Il en a été ainsi avec le droit musulman, le droit copte (en Éthiopie, qui n'a jamais été colonisée), le droit romano-hollandais (au Cap, en Afrique du Sud), le droit asiatique et le droit anglo-améri-

cain (au Liberia)¹³. Cependant, avec la colonisation, bien que l'existence d'influences réciproques soit probable, nous devons relever que le droit coutumier traditionnel était (est encore) relégué au second plan. En effet, la coutume ne peut s'appliquer lorsque la loi écrite a déjà réglementé une situation déterminée. Elle ne peut ni contredire ni être contraire à la loi et à l'ordre public. En d'autres termes, la coutume ne peut trouver à s'appliquer qu'à défaut de la loi¹⁴.

Cette politique d'acculturation juridique et du moindre effort est à l'origine du dualisme des systèmes juridiques en Afrique : d'un côté, le droit écrit occidental basé sur le libéralisme et l'individualisme ; et, de l'autre, les droits africains fondés sur l'oralité et le communautarisme.

Les droits africains partagent un fondement commun : ils sont basés sur l'oralité juridique. En occupant des espaces entiers de l'Afrique, le colonisateur s'est trouvé en présence de l'organisation locale basée sur la coutume qui est définie comme un ensemble des pratiques et usages répétés pendant longtemps et devenus obligatoires. La coutume en est « le code » par excellence. Elle est moins, comme la loi, l'expression de l'autorité, que celle de la majorité¹⁵. Il s'agit, dit un jugement « d'[un] usage que le temps et un certain nombre d'actes conformes ont transformé en règle obligatoire¹⁶ ». C'est en fait l'expression de la volonté générale — *consensus populi* — tacite en même temps qu'un legs des ancêtres. Les sociétés africaines sont encore régies à ce jour par les coutumes.

Dans la plupart des États africains, devant l'évidence que les Africains sont régis par un droit propre — *indigène ou coutumier* —, pour ne pas perdre la face, le colonisateur s'est vu obligé de reconnaître certaines coutumes. C'est dans ce contexte que bon nombre de textes coloniaux ont été retenus pour circonscrire le champ d'application tant matériel que personnel de la coutume.

13. Voir : J.G. ZANOUVI, *loc. cit.*, note 5 ; F.M. SAWADOGO, « Les systèmes juridiques du Burkina Faso », dans RENCONTRE DE DROIT COMPARÉ DU CICLEF, *op. cit.*, note 5, p. 31 ; G. Gatunange, « Les sources du droit au Burundi », dans RENCONTRE DE DROIT COMPARÉ DU CICLEF, *op. cit.*, note 5, p. 51.

14. Voir, par exemple, l'article 149 de la Constitution de la transition en République démocratique du Congo, *Journal officiel de la République démocratique du Congo*, Kinshasa, n° spécial du 4 avril 2003.

15. E. LAMY, *Le droit privé zaïrois. Introduction au droit écrit et au droit coutumier zaïrois*, Kinshasa, PUZ, 1975, p. 92, n° 54.

16. Trib. Elis., 9 mars 1914, *Revue de doctrine et jurisprudence coloniale*, 1924.290.

Dans l'État indépendant du Congo (EIC), issu du partage de l'Afrique entre les grandes puissances et ayant échoué entre les mains du roi Léopold II (1885), il avait été pris une ordonnance aux termes de laquelle il était dit ceci :

- 1) Quand la matière n'est pas prévue par un décret, un arrêté ou une ordonnance déjà promulgués, les contestations qui sont de la compétence des tribunaux du Congo seront jugées d'après les coutumes locales, les principes généraux¹⁷ du droit et l'équité.
- 2) Lorsque la décision du litige entraîne l'application d'une coutume locale, le juge pourra prendre l'avis d'un ou plusieurs indigènes ou non-indigènes, choisis parmi les notables les plus capables¹⁸.

Il en a été ainsi dans la plupart des pays¹⁹ : la reconnaissance des coutumes locales, en tant qu'ensemble des règles sociales obligatoires, s'est imposée au colonisateur. Il est vrai que cette reconnaissance du fait juridique coutumier ne concernait (et ne concerne encore) que les seules relations juridiques privées²⁰ ainsi que les infractions qui en dérivent (adultère, vol, bigamie, etc.).

Le dualisme ainsi consacré a donné naissance logiquement à deux ordres de juridiction : d'une part, les tribunaux de droit écrit, compétents pour connaître les litiges opposant les colonisateurs et, éventuellement, des sujets africains « assimilés », « affranchis » ou « évolués » et, d'autre part, les juridictions indigènes ou coutumières dont la compétence *ratione personae* ne s'étendait qu'aux seuls Africains (la majorité de la population). Toutefois, il convient de rappeler que la reconnaissance de la coutume n'était qu'un trompe-l'œil dans la mesure où son application était limitée ou écartée par les textes fondamentaux ou organiques. Ainsi est-il possible de

17. Il s'agit, à n'en point douter, « des principes généraux du droit tels qu'ils sont envisagés et appliqués dans les États civilisés, et en particulier en Belgique », précise le rapport au roi interprétant ladite ordonnance en date du 16 juillet 1891, *Bull. Off. de l'E.I.C.*, 1891, p. 174 ; voir aussi F. DELLICOUR, « Droit pénal congolais », dans *Les nouvelles, Droit colonial*, t. 1, Bruxelles, Larcier, 1931, p. 219. Dans le même sens, « Sentence arbitrale du 11 décembre 1931 », (1936) *Revue de doctrine et jurisprudence coloniale* 23.

18. Voir le texte dans : *Bull. Off. de l'E.I.C.*, 1886, p. 189.

19. Voir, par exemple, le décret du 3 décembre 1931 au Burkina dont l'article 2 prévoyait deux statuts : celui de droit écrit et celui de droit coutumier. L'application de la coutume était limitée, comme dans l'État indépendant du Congo, principalement aux matières civiles.

20. P. MEYER, *Introduction à l'étude du droit burkinabè*, Namur, A. Boland, 1988, p. 62, 63.

lire encore aujourd'hui que « les cours et tribunaux n'appliquent la coutume que pour autant que celle-ci ne soit pas contraire à la loi²¹ ».

En prenant possession de certaines parties de l'Afrique, le colonisateur ne pouvait faire mieux que ramener du lointain Occident ses propres lois pour régenter des populations aux cultures pourtant très différentes de la sienne. D'où l'imposition ou l'introduction du Code Napoléon dans les colonies françaises et belges.

Le Code Napoléon a été introduit par le décret du 30 juillet 1888 au Congo (Kinshasa), au Rwanda et au Burundi, et dans les ex-colonies françaises, par l'arrêté du gouverneur du 5 novembre 1830. Il n'est donc pas surprenant de trouver dans les codes civils actuels de ces ex-colonies des lois datant de l'ancien calendrier français. Aussi, ce faisant, le Code civil (français) ne pouvait-il qu'occuper l'espace (naturel) de la coutume qui, désormais, est écartée dans presque toutes les matières où elle contrarierait la loi (ex. : peines à prononcer, infractions retenues).

Aux termes de l'article 4 du Code civil (de 1804), promulgué au Sénégal par arrêté du gouverneur du 5 novembre 1830 et étendu à toute l'Afrique occidentale française (AOF) par le décret du 6 août 1901 portant réorganisation du service de la justice en Guinée, Dahomey et Côte d'Ivoire, il était prévu que « le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice ». Cette disposition permettait au juge, en cas de silence de la loi, de se référer à d'autres sources, notamment à la coutume.

Cependant, cet enthousiasme a des limites : bien d'autres matières ont été carrément prosrites au nom du respect de l'ordre public (colonial) ou de la civilisation (les coutumes africaines étant qualifiées de « barbares » ou de « primitives »). Il en est ainsi de l'action systématique en vue de décourager la polygamie avec, à la clé, l'institution des tribunaux coutumiers²².

Ainsi, durant cette période, le colonisateur impose son droit, à défaut de reléguer ou de bannir celui des autochtones. Entreprise difficile, sinon impossible, s'il en fut ! Sous cet angle précis, cette tendance moniste du droit a pu consacrer l'échec de l'entreprise coloniale²³.

21. Voir les différents textes de la Constitution congolaise et notamment celle de la Transition du 4 avril 2003, précitée, note 14, en son article 149, p. 38 ; Au Sénégal : art. 10 de l'Ordonnance du 14 novembre 1960 ; en Guinée : art. 41, al. 3 de (l'ancienne) Constitution du 3 novembre 1960. Voir les textes dans : D.G. LAUROFF et G. PEISER, *Les constitutions africaines*, Paris, Pedone, 1961.

22. Au Congo (Kinshasa), il en a été ainsi avec le décret du 15 avril 1926 sur les juridictions indigènes, dans *Bull. Off. du Congo belge*, 1926, p. 448. Ces tribunaux n'existent plus. Ils ont été remplacés, dans leurs attributions, par les tribunaux de paix.

23. A. SOW SIDIBE, *op. cit.*, note 3, p. 22 et suiv.

Il serait probablement erroné de penser que les droits originellement africains n'ont subi que les affres de l'impérialisme juridique occidental. En effet, lorsque deux civilisations se rencontrent, il y a une sorte d'interaction, d'échanges conscients ou non de certains aspects susceptibles de s'intégrer dans la culture de l'autre. Vu sous cet angle, l'Islam a eu tout autant à conquérir l'espace juridique africain, bien qu'ici et là les méthodes aient été différentes. Dans le cas de la colonisation, il s'est agi d'une entreprise temporelle ou matérielle de soumission «à la culture du plus fort», alors que, dans le second cas, cela a été une conquête spirituelle ou morale d'adhésion de l'âme africaine.

1.2 L'accession à l'indépendance des États africains : maintien du droit colonial et mimétisme juridique

L'accession à l'indépendance n'a pas eu pour incidence immédiate l'adoption de lois propres aux États africains. Ce qui aurait dû reposer sur des réformes profondes des systèmes juridiques. Les jeunes États africains, aux prises avec de nouveaux problèmes jamais connus auparavant, exacerbés par les colonisateurs nostalgiques, n'ont pas eu le temps ni les moyens de réformer leur droit aussitôt après le départ des colonisateurs. La loi du moindre effort a consisté, sans se préoccuper des conséquences d'une telle option, à garder les anciennes lois à défaut de recopier servilement la législation des États occidentaux, notamment français et belge. Il en est ainsi des codes civils des obligations, des personnes et des biens, pour ne citer que ceux-là.

Aussi, pour asseoir une décision ou une opinion juridique africaine, n'est-il pas étonnant de noter les références à la jurisprudence belgo-française, citée à profusion ! Pourtant, le droit et les lois ont toujours un caractère relatif. En effet, les lois doivent être et elles sont adaptées à chaque société, à chaque culture et à chaque environnement. Les règles de droit en tant que produit social ne peuvent être que relatives à chaque société.

Quelque dix ans après leur accession à l'indépendance, certains États africains ont compris qu'il était temps de «repenser profondément le droit imposé par le colonisateur». D'où, ici et là, sont apparues des lois de réforme, de réappropriation de la culture juridique africaine, d'intégration et d'harmonisation juridiques²⁴. Quelles sont plus précisément les matières

24. Voir K. M'BAYE, «L'unification du droit en Afrique», (1971) *Revue sénégalaise de droit* 65 ; Voir aussi, par exemple, la *Loi n° 71-002 du 12 juin 1971 portant création de la Commission de la réforme et d'unification du droit civil zaïrois devenue, de par la loi n° 16/76 du 15 juin 1976, Commission permanente de réforme du droit civil congolais*, dans *J.O. de la République du Zaïre*, 15 août 1976, p. 291 (aujourd'hui Commission

visées et dans quelles proportions ces réformes traduisent-elles la part des droits originellement africains ?

2 Entre la continuité du mimétisme, l'adaptation et les résistances du droit traditionnel : quelle est la part des droits originellement africains dans les récents mouvements de codification ?

Depuis 1970, les États africains ont entrepris des mouvements de réforme de leurs droits. De nouveaux codes ont été promulgués. Il est intéressant de voir le sens et la profondeur de ces différentes réformes par rapport aux droits authentiquement africains.

2.1 La part des droits originellement africains dans les récents mouvements de codification en Afrique francophone

D'emblée, il nous semble que, faute d'imagination et de confiance en eux-mêmes, les légistes africains n'ont pu trouver mieux que de singer simplement la législation des anciennes puissances coloniales : par paresse, condescendance, complexe ou inconscience ?

Dans tous les cas, comme l'énonce un proverbe, « chassez le naturel, il revient au galop ». Le temps du mimétisme juridique et institutionnel a eu ses jours d'or au point que la plupart des lois calquées sur celles de l'Occident ne se sont jamais adaptées à la mentalité juridique africaine. En effet, elles ne partagent pas les mêmes valeurs ou aspirations avec la population destinataire, d'où le problème de l'inadaptation et de l'inefficacité de ce droit importé et imposé. Le constat est patent, notamment en matière de droit privé.

Il serait ainsi intéressant de scruter le champ matériel des récents mouvements de codification pour noter la prise en considération réelle de la dimension africaine dans les réformes nouvellement implantées.

Les matières récemment soumises à codification en Afrique se rapportent aux droits privés tant des personnes et de la famille que des biens. Nous pourrions également mentionner d'autres domaines connexes tels que le droit du travail, le droit des sociétés et les assurances. En réalité, il s'agit là des domaines qui englobent la plupart des activités ou des actes quotidiens des populations.

permanente de la réforme du droit congolais (en général)); E. LAMY, *op. cit.* ; note 15; « Bilan actuel de l'intégration du droit zaïrois et ses perspectives d'avenir », (1974) *Revue juridique du Zaïre* 103; G.A. KOUASSIGAN, *op. cit.*, note 5; J. OBLE, *Le droit des successions en Côte d'Ivoire : tradition et modernisme*, Dakar, N.E.A., Lomé, Abidjan, 1984.

2.2 Le droit de la famille

Au cours de la décennie 70, la plupart des États africains francophones ont procédé à la réforme de leur code civil dans la partie concernant la famille et les personnes. Il importe de relever que ces matières ont connu sous la colonisation bien des limitations au nom du respect des principes de «la civilisation». Il en est ainsi, pour les aspects suivants :

- l'action systématique pour décourager les mariages polygamiques ;
- la célébration des mariages civils par un officier de l'état civil ;
- l'inorganisation des successions ou leur adaptation actuelle rendues à la compétence des coutumes ;
- l'illégitimité du statut de l'enfant naturel consacrée par le code civil (colonial) qui n'est plus reconduite, d'autant que tous les enfants du *de cujus* ont la même vocation successorale, sauf exception ;
- le port du nom patronymique ;
- les régimes matrimoniaux ; etc.

À bien y regarder, toutes ces questions relèvent du domaine des coutumes ou des traditions auxquelles les Africains restent le plus attachés et soumis. Dans la plupart des États africains, la proportion des citoyens assujettis ou qui se réfèrent à la coutume dans leur quotidien serait de loin majoritaire par rapport à ceux qui sont sous l'emprise du droit écrit. En d'autres termes, le droit écrit est plus vivant en milieu urbain qu'en milieu rural. Au-delà de ce constat, il y a donc une question de dosage : « Comment concilier la légitime fidélité au passé avec les exigences du monde moderne en pleine évolution²⁵ ? » Telle est la question posée dans le Rapport de présentation du projet du *Code de la famille* au Togo.

2.2.1 L'attitude à l'égard des mariages polygamiques

Les nouveaux codes de la personne et de la famille sont partagés entre l'interdiction et la réglementation de la polygamie, alors qu'elle est de pratique presque générale en Afrique. Le législateur colonial a pris un certain nombre de textes pour décourager les mariages polygamiques. Il en était ainsi dans les colonies belges (Burundi, Congo/Kinshasa et Rwanda) avec le décret du 25 juillet 1948 relatif au mariage monogamique indigène

25. Extrait du Rapport de présentation du projet du *Code de la famille* au Togo au Congrès, 28-29-30 novembre 1979, reproduit dans A. MIGNOT, *Le droit de la famille au Togo*, Lomé, Presses de l'Université du Bénin, 1990, p. 35.

et ses mesures d'exécution et, carrément, avec le décret du 25 juillet 1948 relatif à l'adultère et à la bigamie et celui du 4 avril 1950 interdisant la polygamie²⁶.

En Afrique, les coutumes n'interdisent pas la polygamie. Celle-ci n'est pas non plus le propre de l'Afrique²⁷. Aussi, les Africains ne sont pas plus tentés par la polygamie que par la monogamie. Une étude faite au Togo par le professeur Mignot a démontré que les mariages polygamiques sont fonction des milieux (rural ou urbain), des professions (agriculteurs, commis ou autres)²⁸. La polygamie a ses origines et ses justifications. Certains pays l'ont interdite, tandis que d'autres l'ont réglementée²⁹. Il est symptomatique de constater que, là où elle est interdite, elle se pratique impunément et même sous de nouveaux labels comme celui de « bureau ». Il en est ainsi, spécialement, dans les villes de Congo/Kinshasa et de Congo/Brazzaville, d'une pratique sociale ayant donné naissance à un type d'union matrimoniale appelée « bureaugamie ».

Pourtant, le *Code de la famille* de la République démocratique du Congo dispose ceci en son article 354 : « Nul ne peut contracter un nouveau mariage avant la dissolution du précédent. » Sinon, la personne fautive tomberait sous le coup de l'infraction de bigamie. Ainsi, dans une décision,

-
26. Voir P. PIRON et J. DEVOS, *Codes et lois du Congo belge*, Bruxelles, Larcier, 1960, p. 187 et suiv. Ces textes sont aujourd'hui abrogés par le *Code de la famille* qui les a remplacés par d'autres dispositions.
27. Dans de nombreux pays, ce type d'union matrimoniale a existé, notamment en Australie, en Océanie et en Thaïlande : A. BINET, *Le mariage en Afrique noire*, Bruxelles, Foi vivante, 1959, p. 62 ; J. Sohier, *Droit coutumier du Congo belge*, Bruxelles, Larcier, 1954, p. 165, n° 237 ; A. BAH, « Le droit guinéen », dans RENCONTRE DE DROIT COMPARÉ DU CICLEF, *op. cit.*, note 5, p. 109, à la page 114.
28. A. MIGNOT, *op. cit.*, note 25, p. 122. Il note, en particulier, les résultats suivants dans ses statistiques : 50,5 p. 100 pour le mariage des employés-ouvriers ; 50,0 p. 100 pour les « sans profession » et 46,4 p. 100 pour les commerçants.
29. Au Gabon, la polygamie est interdite, mais il y a un grand nombre de couples polygames. En Côte d'Ivoire, la dot est interdite, mais la plupart des mariages sont dotés. Contrairement à ce qui se passe dans la culture européenne, la dot est en Afrique l'ensemble des valeurs, des cadeaux ou la somme d'argent que la *famille du futur époux* – et non le futur époux, car le mariage est une affaire de familles et non d'individus – apporte à la *famille de la future épouse* pour conclure le mariage. Dans les coutumes africaines, et même dans les différents codes de la famille, sans dot, il n'y a pas de mariage véritable. Et l'officier de l'état civil ou le ministre du culte ne peuvent célébrer ni bénir une union qui n'a jamais été scellée selon la coutume par les deux familles respectives. Voir le *Code de la famille* de la République démocratique du Congo, art. 368, al. 1, consacrant le mariage coutumier comme une des formes du mariage aux côtés du mariage civil, alors que le mariage religieux n'est pas reconnu (art. 333 et 426) déclarant « nul tout mariage contracté sans convention relative à la dot ».

le Tribunal de paix³⁰ de Kinshasa/Assossa a jugé qu'est contraire à la loi la coutume qui reconnaît un second mariage contracté avant la dissolution du premier mariage monogamique³¹. Toutefois, qu'est-ce que le mariage et à quelles conditions peut-il se former³² ?

Pour le professeur Kuyu Mwissa³³, « la contradiction de cette disposition [de l'article 354 du *Code de la famille*] par la pratique sociale est aujourd'hui flagrante. La vie réelle des hommes et des femmes de Kinshasa [au Congo] se passe hors de ce droit officiel et [elle] est régulée à partir des registres de légitimité propres. » Ainsi assiste-t-on à un phénomène nouveau, la « bureaugamie », mais sous les couleurs de la polygamie, en ce sens que « bureaugamie » et polygamie ne seraient que des synonymes et renverraient à la même réalité sociale.

Là où la polygamie est légalement reconnue, il existe des dispositions spéciales. Il en est ainsi de l'article 42 du *Code de la famille* du Togo. Aux termes de l'article 52 de ce code, « la déclaration d'option de monogamie ou de polygamie est souscrite par les futurs époux devant l'officier de l'état civil au moment de la célébration du mariage et en cas de mariage à l'étranger devant l'agent diplomatique ou consulaire territorialement compétent ». La dot est réglémentée en ce qui concerne le maximum à ne pas dépasser (10 000 francs CFA). Dans la pratique, les montants exigés vont au-delà, surtout que, d'après les statistiques, 44,5 p. 100 des mariages se concluent selon la coutume³⁴. Il est vrai que cela dépend des milieux et des professions. Cependant, la tendance est de se marier selon le droit coutumier.

Aussi, suggère M. Mignot, « sauf à vouloir n'en user comme ornement juridique, le *Code de la famille* mériterait donc quelques attentions de la part de ceux qui sont chargés de veiller à sa mise en œuvre³⁵. » S'agissant du

30. Le « tribunal de paix » est l'échelon de base dans l'organisation et de la compétence judiciaires en République démocratique du Congo. C'est en fait le tribunal de proximité, le juge naturel en matière de famille et de petits litiges.

31. Trib. Paix de Kinshasa/Assossa, RC 2/258, 20 avril 1979, *R.J.Z.* supplément.1987.111. Certes, ce jugement est antérieur à l'entrée en vigueur du *Code de la famille*, mais ce principe a été reconduit par l'article 354 du *Code de la famille* de la République démocratique du Congo (Kinshasa).

32. Voir : V. KANGULUMBA MBAMBI, « Cuestiones seleccionadas del codigo de la familia de la Republica Democratica del Congo como resultado del examen del Derecho Comparado africano de familia. Caso del derecho al matrimonio ». (2005) 10, *Revista de derecho comparado* 315-333.

33. C.K. MWISSA, *La bureaugamie en Afrique centrale : un nouveau modèle matrimonial ? Étude appliquée à la ville de Kinshasa*, Paris, L.A.P.J., 1997.

34. A. MIGNOT, *op. cit.*, note 25, p. 127-128.

35. *Id.*, p. 63.

mariage coutumier, souligne le Rapport de présentation du projet du *Code de la famille* du Togo, il s'est agi moins d'actualiser les coutumes que de s'attaquer au fond du droit pour l'adapter aux conditions actuelles. L'objectif était que le « futur code (togolais) de la famille ne soit ni uniquement un musée, ni complètement un chantier mais les deux à la fois, c'est-à-dire une fructueuse symbiose de la tradition africaine et du monde moderne³⁶.

2.2.2 La célébration des mariages civils par un officier de l'état civil

La plupart des codes ne reconnaissent comme seul mariage valable que celui qui a été célébré par un officier d'état civil, généralement un fonctionnaire de l'administration publique. Au Togo, l'article 75 du *Code de la famille* prévoit la célébration du mariage par un chef traditionnel investi de cette qualité. Dans l'esprit du législateur togolais, associer un chef traditionnel aux tâches administratives permettrait, étant donné l'indifférence de la population aux formalités d'état civil, d'enregistrer un grand nombre des mariages.

Au Burundi, par exemple, la jurisprudence concernant l'union illégitime est tout autant chancelante mais reconnaissable dans un sens donné. En effet, les juridictions de la capitale semblent estimer unanimement que des unions non célébrées par l'officier de l'état civil ne peuvent en aucun cas être considérées comme mariages valables et ne peuvent produire aucun effet. Ce qui n'est pas le cas des juridictions de l'intérieur du pays. D'après les déclarations d'un haut magistrat, les tribunaux de Bujumbura refusent de faire droit à la requête d'un homme qui fait valoir l'absence d'effet de son mariage régulier selon la coutume mais irrégulier selon la loi, lorsqu'il apparaît qu'il y a eu mauvaise foi dans son chef lors du mariage. Le juge lui objectera que *nemo auditur turpitudinem suam allegans* et il priera les « époux » de passer devant l'officier de l'état civil³⁷.

La même attitude est attendue du juge congolais (Kinshasa) lorsqu'est portée devant lui une action en divorce alors que les parties n'ont jamais contracté un mariage régulier au sens du *Code de la famille*. Ainsi, aux termes de l'article 380, alinéa 2, le juge doit demander aux parties en litige d'aller préalablement faire enregistrer leur union auprès de l'officier de l'état civil pour permettre au juge de prononcer légalement le divorce.

Les codes ne reconnaissent comme mariage valable que celui qui a été célébré par l'officier de l'état civil, alors que, sur le plan pratique, cela

36. Rapport de présentation, § 10 et 11, dans A. MIGNOT, *op. cit.*, note 25, p. 37.

37. J. ROBERT, *Le droit de la famille au Burundi. De l'organisation familiale traditionnelle au Code des personnes et de la famille*, Tervuren, M.R.A.C., 1996, p.57.

n'est pas suivi par un très grand nombre de personnes. Ainsi, ni les époux intéressés, ni encore moins leurs familles respectives, ni non plus la société, personne ne peut dire que deux personnes sont mariées alors qu'elles ne sont pas passées par les formalités coutumières ! Le certificat de mariage ou l'acte d'enregistrement n'est pas une condition de fond du mariage.

« L'on ne se marie pas sur papier », est-il courant de dire en Afrique pour souligner que le mariage est d'abord et plus une affaire de deux groupes ou de deux familles. Il consacre l'alliance entre deux groupes. Cette alliance n'est valablement établie que par la remise de certaines valeurs matérielles ou symboliques (dot) et selon une procédure coutumière déterminée. Une union simplement célébrée par un officier d'état civil sans qu'elle ait été consacrée coutumière ne bénéficiera d'aucune « légitimité » auprès des premiers intéressés (d'abord, les conjoints et, ensuite, leurs familles respectives) et même à l'égard de la société.

Cette conviction est suffisamment ancrée dans la pratique et le vécu quotidiens des Africains au point où le seul mariage véritable est le mariage coutumier. Le mariage civil n'est véritablement considéré que dans les rapports État-individu et non dans les rapports internes des familles. Au fond, il s'agit d'une question d'opposabilité ou d'effets. Le mariage enregistré ou célébré par l'officier de l'état civil est opposable à tous. Cependant, le mariage coutumier ne l'est qu'à l'égard de ceux qui ont assisté aux cérémonies³⁸.

En droit malgache, par exemple, « l'officier de l'état civil n'est autre qu'un scribe qui constate et enregistre les volontés ou l'accord des futurs époux. Aller devant ce fonctionnaire, c'est une obligation de police, une formalité administrative, comme l'enregistrement d'un bail ou d'un acte de vente, mais l'accord des parties restent à leurs yeux [des Malgaches] le seul fait générateur du lien conjugal³⁹. » Il est bien clair que l'officier de l'état civil n'intervient qu'après les formalités coutumières⁴⁰. Ce que prévoit également le *Code de la famille* de la République démocratique du Congo.

38. Voir les articles 380 du *Code de la famille* de la République démocratique du Congo et 146 du *Code de la famille* du Sénégal, qui prévoient que, si un mariage n'a pas été célébré par un officier de l'état civil, il ne sera pas opposable à l'État, aux collectivités publiques et aux établissements privés et publics, spécialement en ce qui concerne les avantages familiaux. Cependant, les coupables s'exposent à une amende allant de 3 000 à 18 000 francs CFA. En d'autres termes, un tel mariage n'est pas nul, mais simplement inopposable à certaines personnes.

39. E.P. THEBAULT, *Traité de droit civil malgache moderne*, t. I, fasc. 2 : « Mariage et divorce », Tananarive, Librairie de Madagascar, 1964, p. 11.

40. En droit burundais, voir : J. ROBERT, *op. cit.*, note 37, p. 48 : « même pour des familles européennes ». C'est l'institution dénommée *gutwikurura*.

En effet, aux termes de son article 394, « l'union violant les conditions de mariage telles que définies par la présente loi ou par la *coutume* ne peut être enregistrée ni célébrée par l'officier de l'état civil ».

2.2.3 L'illégitimité de « l'enfant naturel » consacrée par le Code civil en matière de filiation

Actuellement, l'illégitimité de l'enfant naturel consacrée par la législation coloniale n'est plus reconduite, d'autant que tous les enfants d'une personne ont le même statut, du moins dans certains codes. Ainsi, par principe, s'il est affilié du vivant de son géniteur, l'enfant « naturel » peut hériter du *de cuius*. Tel est le cas de l'article 236 du *Code de la famille* du Burkina Faso qui consacre le principe de l'égalité de tous les enfants.

Dans la plupart des coutumes africaines, tout enfant doit avoir un père. À défaut, il lui est désigné un parent à ce titre. Ce principe a été transcrit dans certains codes. Il en est ainsi en République démocratique du Congo (art. 590, al. 2, *Code de la famille*) et au Congo/Brazzaville (art. 264, *Code de la famille*). En effet, « tout enfant doit avoir un père par lequel il est rattaché au monde des vivants et des morts. Sinon, il a droit à un père de substitution, membre de la famille de sa mère⁴¹. » Il s'agit d'une technique consistant à ce qu'un parent de la mère puisse déclarer être le père de l'enfant, si le géniteur véritable est inconnu ou refuse de le reconnaître. Il sera considéré comme père apparent. Il va sans dire que, si le géniteur réapparaît, il sera reconnu comme père de l'enfant, non sans indemnité coutumière.

2.2.4 L'imposition du nom patronymique

Plus qu'ailleurs, en coutume, la dation du nom en Afrique répond à plusieurs fonctions. C'est l'histoire d'une personne. Le nom est sacré. Il n'est pas requis que tous les enfants portent le nom de leur père. Cependant, le nom doit être puisé dans le patrimoine clanique ou familial. Il sert à désigner un vivant ou à faire revivre ou pérenniser un parent mort, un ami dont le souvenir est favorable, les circonstances de la naissance d'un enfant ou son statut (jumeau ou non), etc.⁴².

41. D. NKOUNKOU, « L'apparence dans le droit de la filiation hors mariage (art. 264 du Code de la famille) », (1989) 5 *Revue congolaise de droit* 10.

42. Voir : V. KANGULUMBA MBAMBI, « Quelques considérations théoriques et pratiques sur le nom des personnes physiques en Afrique subsaharienne. Le danger et le piège de l'uniformité », (1998) 8 *Revue de droit africain* 426.

Faute d'avoir prêté attention à cette dimension, l'expérience de la patronymie a échoué, notamment en Éthiopie⁴³.

2.3 Le droit des biens

Le droit de propriété et surtout l'accès à la terre, jumelés à la question du pouvoir coutumier, sont la trame des grands conflits autour du foncier⁴⁴. En effet, le droit colonial avec sa conception privative et individualiste de la terre ne s'est jamais accommodé de la conception plutôt communautaire de la propriété et de la dimension sacrée de la terre « sous laquelle reposent les ancêtres ». En tous cas, pour l'Africain, « la terre est l'habitat des forces, d'esprits ; émanation du dieu créateur. La terre n'est pas susceptible d'appropriation [privative] car elle est déjà la propriété des dieux⁴⁵. » Or, la plupart des dispositions sur le droit des biens véhiculent l'appropriation privative ou individualiste du Code Napoléon. Comment concilier ces deux conceptions si diamétralement opposées ?

Si les droits originellement africains connaissent la propriété privée, celle-ci n'y a cependant pas plus d'importance que la propriété communautaire. Tout ce qu'un individu acquiert par son travail ou par toute autre activité est censé revenir à tous les membres de la famille. Tout le monde peut en jouir. Ainsi, la voiture que M. X vient d'acheter est pour toute la famille (au sens large et africain du terme). « C'est *notre* voiture », dirait un des membres de la famille et non « c'est la voiture de X ».

Au contraire de l'Europe, écrit M. Magnant, s'agissant des droits réels ou droits personnels, « l'Afrique ancienne ignore l'individu autonome qui aurait des droits absolus et opposables à tout tiers sur une chose : l'individu n'a que l'accès aux choses et cet accès lui est ouvert ou non, selon son statut, par le groupe dont il est membre⁴⁶ ».

Faute d'avoir intégré cette dimension, plusieurs textes de réforme agraire ou foncière ont chaviré. D'autres ont réussi à inclure la dimension

43. A. BAH, *loc. cit.*, note 27, 114.

44. Pensons notamment à la situation des Ogoni au Nigeria (dont le territoire comporte des gisements de pétrole exploités par la compagnie Shell sans que le peuple Ogoni en retire quelque avantage), à l'interdiction en Afrique du Sud (Le Cap) pour les étrangers d'acquérir des propriétés immobilières ; au Zimbabwé (fermiers blancs contre population noire) ; à la « zairianisation » décidée dans l'ex-Zaïre par le président Mobutu en 1973 et à la « béninisation » au Bénin.

45. J.-P. MAGNANT, « Les normes foncières traditionnelles en Afrique noire », dans G. CONAC, F. CONAC et M. TAVERNIER (dir.), *La terre, l'eau et le droit en Afrique, à Madagascar et à l'Île Maurice*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 68.

46. *Id.*, p. 64.

communautaire de la « propriété foncière », quoique de façon incomplète ou maladroite.

Aux termes de l'article 31 de la Constitution du 8 juillet 1979 de la République du Congo (Brazzaville), il était proclamé ceci : « Sur toute l'étendue de la République Populaire du Congo, la terre est propriété du peuple. Tous les titres fonciers et les droits coutumiers sont abolis. Tout usage de ces titres et droit est contraire à la Constitution et puni par la loi⁴⁷. »

L'article 53 de la loi du 20 juillet 1973 (RDC) prévoit que « le sol et le sous-sol congolais appartiennent à l'État congolais ». Cela traduit le fait que la terre est la propriété des ancêtres, soit ceux qui ont vécu sur le sol congolais aux temps immémoriaux. Le sol et le sous-sol congolais sont exclus de toute appropriation privée. Ainsi, en droit congolais, il convient de distinguer la propriété foncière, qui n'est exclusive qu'à l'État congolais, mais celui-ci peut concéder un droit de jouissance sur son sol soit de façon perpétuelle au profit des Congolais (concession perpétuelle), soit temporairement pour les étrangers et personnes morales (concession ordinaire limitée à 25 ans renouvelables). En ce qui concerne les immeubles incorporés au sol, ils peuvent être la propriété des particuliers. L'article 219 de la loi du 20 juillet 1973 institue le système d'enregistrement de la propriété immobilière et du droit de jouissance foncière (certificat d'enregistrement). Cependant, plus de 30 ans après, le nombre de propriétés enregistrées reste dérisoire. À vrai dire, pour la majorité de la population, « le fait de posséder suffit pour être propriétaire » d'un immeuble, plutôt envisagé séparément du sol auquel il est incorporé.

En droit burkinabè, l'article 4 du Décret n° 73-40 du 1^{er} mars 1973 prévoit également que le domaine foncier est la propriété de l'État⁴⁸.

Au Bénin, il existe trois sortes de propriété : traditionnelle, familiale et collective. Le Béninois traditionnel possède en propre ses biens meubles et, s'il est chef de ménage, sa case d'habitation, son argent, etc. La propriété familiale est indivise et gérée par le chef de famille qui doit en consacrer l'usufruit à la collectivité. Quant à la propriété collective, elle est celle qui est reconnue au village, notamment sur les terrains indivis, censés appartenir au roi, sur les sources ou les puits⁴⁹. En fait, la qualification du droit

47. Loi n° 52/83 du 21 avril 1983 portant Code domanial et foncier en République populaire du Congo, citée et commentée par J.-M. BRETON, « La réforme domaniale et foncière en République Populaire du Congo », (1984) *Penant* 41.

48. *Journal officiel de la République de la Haute-Volta*, du 22 mars 1973, p. 134.

49. J. G. ZANOUVI, *loc. cit.*, note 5, 24.

varie en fonction de la nature et de la destination du bien sur lequel il porte. Cela suppose que toute initiative législative doit tenir compte de l'existence de ces rapports sociaux. Il reste que le problème des droits coutumiers fonciers sur les terres proclamées propriété de l'État⁵⁰ est d'une gestion fort délicate et complexe.

2.4 Le droit des obligations et de la responsabilité

S'il est encore un domaine où le Code civil de 1804 est le plus marqué, il s'agit bien du droit des obligations ou des contrats. Ce livre est également le plus contrastant avec les droits originellement africains, alors que dans bien des pays, comme la République démocratique du Congo, il est resté presque tel qu'il a été « réceptionné », le 18 juillet 1888 ! Pourtant, les mêmes dispositions ont sensiblement évolué en droit français et en droit belge !

Selon les dispositions (art. 1381 et 1382) du Code civil de 1804, « tout fait quelconque de l'homme qui cause dommage à autrui, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer [...] Chacun est responsable des dommages qu'il a causé soit par son imprudence soit par sa négligence. » Ces dispositions ont été reconduites dans les différents codes civils africains. Or, elles ne traduisent pas la conception des droits originellement africains⁵¹.

Selon la philosophie du Code civil de 1804, la responsabilité ne pouvait se concevoir sans qu'il y ait une faute reprochée à l'auteur de l'acte. La réparation doit être proportionnelle au dommage. Elle doit réparer tout le dommage. La responsabilité subjective, basée sur la faute de l'auteur du dommage, en est le principe classique.

50. Voir G.A. KOUASSIGAN, *L'homme et la terre*, Paris, Berger Levrault, 1966 ; G.A. KOUASSIGAN, « Objet et évolution des droits fonciers coutumiers », *Encyclopédie juridique africaine*, t. 5, Abidjan, Dakar, Lomé, 1982, p. 29-38 ; C. DE LESPINAY, « Ineffectivité de la loi foncière ? Un exemple en Guinée Bissau », (1999) 38 *Droit et cultures*, 70-79 ; C. DE LESPINAY, « Toponymie, autochtonie, revendication foncière : le cas de Baynunk en Afrique de l'Ouest », dans H. GUILLOREL et G. KOUBI (dir.), *Langues et droits. Langues du droit, droit des langues*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 107 ; pour le cas de la République démocratique du Congo : V. KANGULUMBA MBAMBI (dir.), *La loi du 20 juillet 1973 portant régime général des biens, régime foncier et immobilier et régime de sûretés en République démocratique du Congo. Trente après : quel bilan ? Essai d'évaluation*, Louvain-la-Neuve, Bruylant, Academia, 2002, p. 1-15 (rapport introductif).

51. Voir : K. MBIKAYI, *Responsabilité civile et socialisation des risques en droit zaïrois*, Kinshasa, PUZ, 1979 ; V. KANGULUMBA MBAMBI, *Indemnisation des victimes des accidents de la circulation et assurance de responsabilité civile automobile. Étude de droit comparé belge et congolais*, Louvain-la-Neuve, Bruylant, Academia, 2002, p. 113-145 (responsabilité civile en droit coutumier traditionnel).

Dans le cas des droits originellement africains, la conception est tout autre: la responsabilité est groupale ou communautaire. Elle est même sans cause et la faute y est indifférente. En effet, qu'il y ait faute ou pas, que celle-ci soit justifiée ou non, l'avènement du dommage appelle une réparation. Et celle-ci est due non par l'individu à l'origine du dommage mais par sa famille ou le groupe auquel il appartient. La responsabilité y est objective.

Toute survenance d'un dommage doit avoir une cause: on ne meurt jamais par hasard; on ne perd jamais son emploi sans qu'il y ait une raison justificative ou une cause génératrice! Cependant, il s'agit en réalité d'un mécanisme pour faciliter la réparation. Celle-ci ne tend pas toujours à remettre, comme en droit occidental, la victime en son état antérieur au dommage. Il s'agit, en ce qui concerne les droits coutumiers africains, de tout faire pour rétablir l'équilibre de la société, l'harmonie et la paix. En effet, lorsqu'il y a trouble dans la société, les «esprits des ancêtres» ne peuvent s'en réjouir. Au contraire, il faut à tout prix ramener la paix, en posant par exemple quelques actes ou gestes d'apaisement au profit du groupe lésé. Et une réparation symbolique peut suffire.

Dans ces sociétés, il n'y a pas de différence entre la responsabilité (faute) pénale et la responsabilité (faute) civile. Peu importe la nature de la faute, dès qu'il y a dommage, il doit y avoir réparation. L'essentiel est de préserver la paix, l'harmonie et la sécurité des rapports sociaux⁵². Or, la conception et les principes du Code civil diffèrent, bien que la tendance actuelle soit à l'objectivation de la responsabilité.

Nous pourrions ajouter des exemples d'incohérence ou de contradiction entre les principes véhiculés par les textes de réforme ou les récentes «codifications» pour démontrer comment le fait de ne pas prendre en considération les ressources ou les ressorts profonds d'un peuple peut ruiner toute œuvre de codification et conduire à la résistance et à l'application du droit ainsi projeté⁵³.

52. Voir: A. SOHIER, *op. cit.*, note 27, p. 107 et 109.

53. Par exemple, en droit de procédure, avec le principe de «nul ne plaide par procureur», la famille, le clan, le village, entités pourtant reconnues (ayant «la personnalité juridique coutumière»), sont exclus du prétoire alors qu'ils agissent souvent au nom d'un membre du groupe, dont ils répondent par ailleurs en cas de condamnation aux dommages-intérêts. Il existe de même le cas de la prescription qui est ignorée du droit traditionnel. «*Debt not die*» [La dette ne pourrit pas ou la dette ne se prescrit pas], est-il coutume de dire en Afrique du Sud et presque partout en Afrique. Plusieurs de ces questions devraient interpeller tout «codificateur» du droit en Afrique. Voir: V. KANGULUMBA MBAMBI, *loc. cit.*, note 11, p. 105, 108.

Les difficultés exposées dans notre étude, corroborées par des exemples pratiques d'accommodement ou de résistance du droit traditionnel, concernent sans nul doute le présent. Toutefois, que pouvons-nous dire de l'avenir de la codification en Afrique ?

Conclusion

Demain ou à l'heure de la mondialisation : quel avenir pour la codification en Afrique ?

Un autre défi se pointe à l'horizon pour les droits africains. L'exploitation de l'inconnu ou la peur du lendemain est souvent source d'incertitude ou d'inquiétude. De quoi demain sera-t-il fait ? Comme pour relayer les propos de M. Le Roy, « l'Afrique est-elle condamnée à l'uniformisation au nom de la mondialisation⁵⁴ ? » Nous sommes enclin à répondre avec grande prudence et modération.

La problématique de la codification en Afrique, et l'expérience récente des codes de la famille ou des codes fonciers le démontre, est moins une question technique qu'une question de légitimité sociale. À quoi servirait un code qui ne reflète pas l'idéal d'une société, sa philosophie et dans lequel la population ne se reconnaît pas ? Et que faire pour pallier cette situation ?

Il est évident que le Code Napoléon a exercé et continue d'exercer une grande influence dans les systèmes juridiques africains au point où ces derniers font depuis partie de la grande famille romano-germanique. Cependant, comme le droit est le reflet des réalités socioculturelles d'un groupe en particulier ou d'une société donnée, le Code Napoléon, dans plusieurs de ses dispositions est en conflit permanent avec les droits originellement africains, faute d'y être adapté. Les populations n'y retrouvent et n'appliquent, dans la majorité des cas, que leurs droits traditionnels. Est-ce la revanche de ces droits dans cette guerre des normes ?

Moins qu'une revanche, il s'agirait plutôt d'une résistance évidente, prévisible et vécue. À notre sens, c'est un processus nécessairement actualisable qui tient compte de tous les acquis : du passé et du présent, car demain ce serait assurément un autre droit pour une société autrement structurée et orientée vers de nouveaux besoins. Ce droit sera celui qui ne devrait pas manquer d'être connu, accepté et intégré aux systèmes juridiques africains⁵⁵, loin du souvenir de la « guerre des droits ».

54. E. LE ROY, « Quels projets de société pour les Africains du XXI^e siècle ? », dans C.K. MWISSA (dir.), *op. cit.*, note 1, p. 24-28.

55. J. VANDERLINDEN, « Droit du développement, droit au développement et développement du droit », *Bulletins des séances de l'ARSOM*, vol. 18, n° 4, 1982, p. 423-433.

Il revient aux légistes de ne pas perdre de vue que les lois sont faites pour les êtres humains et non l'inverse, que celles-ci doivent être adaptées aux convictions, aux habitudes, à la situation du peuple pour lequel elles sont faites.

En effet, comme pour paraphraser Portalis, un des rédacteurs du Code Napoléon, parlant des codes : « les codes des peuples se font avec le temps ; mais à proprement parler, on ne les fait pas⁵⁶ ». Il importe, dans une entreprise de codification, de tenir compte de tous les paramètres du milieu : culture, langue et besoins sociaux. Codifier doit signifier une certaine cohérence systémique des normes d'un ordre juridique déterminé, et entre celles-ci et les réalités et les nécessités sociales. Cela permettrait d'éviter ainsi de faire « œuvre vaine et inutile ».

Tel est et tel sera, probablement, le défi de la codification de demain pour l'Afrique.

56. J.-E.-M. PORTALIS, « Discours préliminaires sur le projet du code civil », dans *Discours et rapports sur le code civil*, Caen, Centre de philosophie politique et juridique, URA – CNRS, Université de Caen, 1992, p. 15.